



Trabajo Fin de Grado

El personal de Alta Dirección en la situación de concurso de las sociedades

Autor

Verónica Masabanda Cabascango

Director

Mercedes Zubiri de Salinas

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Facultad de Derecho/ Universidad de Zaragoza
2014-2015

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. El personal de Alta Dirección
 - 2. Concepto, características y régimen jurídico
 - 2.1 El contrato laboral de Alta Dirección
 - 2.2 El Alto Directivo
 - A) Funciones dentro de la sociedad
 - B) Distinción de otras figuras (Administradores y Consejero)
 - C) Otros Directivos
- III. Efectos del concurso de acreedores sobre los contratos y personal de Alta Dirección
 - 3. Excepción al principio de continuidad de las relaciones laborales del concursado
 - 3.1 Análisis del artículo 65 de la Ley Concursal
 - 3.2 Tratamiento de esta figura a lo largo del proceso concursal
 - A) Relación especial entre los administradores y el personal de alta dirección y el concursado
 - B) La especial responsabilidad de los altos directivos
 - C) La clasificación de los créditos del personal de alta dirección
 - D) La situación jurídica de la alta dirección durante el concurso
 - E) Reclamaciones y ejecuciones de la alta dirección
- IV. Conclusiones

LISTADO DE ABREVIATURAS

AA.VV	Autores varios
<i>apud</i>	En la obra de
art./arts.	artículo/artículos
Cfr.	Confróntese
<i>cit.</i>	Citado
dirs	Directores
edic.	edición
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
ET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
etc.	etcétera
ET/1980	Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
LC	Ley Concursal
LSC	Ley de Sociedades de Capital
p./pp.	página/páginas
RDAD	Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
ss.	siguientes
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STS/SSTS

Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo

Vid

Véase

I. Introducción

Uno de los efectos más relevantes que tiene el concurso de acreedores sobre el personal de alta dirección es que durante la tramitación del concurso la administración concursal podrá extinguir o suspender los contratos de trabajo del deudor con dicho personal. Este efecto recogido expresamente en el artículo 65 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, supone una excepción a la regla general de continuidad en la actividad empresarial o profesional del concursado contenida en el artículo 44 del citado cuerpo legal, regla que abarca tanto la continuación de los contratos como las condiciones de trabajo vigentes en el momento de la declaración del concurso. Así, de la redacción del artículo 65 surge una nueva modalidad de extinción: la extinción por voluntad del alto directivo en caso de suspensión del contrato, modalidad novedosa al no estar recogida esta opción en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Por otro lado, otro efecto que se deriva de la declaración del concurso es el tratamiento que va a recibir la alta dirección a lo largo de éste, que será diferente según el concurso sea voluntario o necesario y según el concurso sea calificado como culpable o fortuito.

Han sido las últimas reformas laborales y concursales junto con la reciente recesión económica generalizada las que han propiciado que las relaciones de trabajo se vean seriamente afectadas y especialmente la relación laboral especial del personal de alta dirección que, a pesar de gozar de un *status* privilegiado en la legislación laboral, caracterizado por la elevada retribución, las cláusulas de blindaje y su autonomía e independencia, se ve afectada cuando la empresa en la que venía prestando sus servicios directivos, ante una situación de crisis económica, entra en concurso. En este caso, específicamente si el concurso es necesario, este personal se encontrará en una situación de vulnerabilidad, ya que pasará, si su contrato no se ha extinguido, de una relación especial directiva en la que tiene autonomía y plena responsabilidad a una relación de dirección subordinada a la administración concursal.

Para la realización de este trabajo he considerado adecuado dividir la temática en dos apartados diferenciados, añadiendo un último donde menciono las conclusiones del mismo. Para llevarlo a cabo me he centrado en el desarrollo de dos puntos específicos; el primero, que lleva como título *El personal de Alta Dirección*, es una introducción al concepto, características, modelo y distinción de otras figuras dentro de la sociedad; el

segundo, que lleva como rúbrica *Efectos del concurso de acreedores sobre los contratos y personal de Alta Dirección*, trata la extinción o suspensión de los contratos del personal de Alta Dirección prevista en el artículo 65 de la Ley Concursal y la situación en la que se encuentra este personal a lo largo del concurso.

II. El personal de Alta Dirección

2. Concepto, características y régimen jurídico

El concepto de personal de alta dirección lo encontramos en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante, RDAD), en virtud del cual, «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

Esta definición legal aportada por su Decreto regulador ha supuesto un importante esfuerzo delimitador. Sin ser del todo novedosa, pues se limita en buena parte a recoger una línea de interpretación consolidada mayoritariamente en la jurisprudencia anterior a la vigencia del DPAD¹, sin embargo, a la hora de su aplicación e interpretación nos encontramos con numerosos problemas dada la complejidad e indeterminación de los conceptos que en ella se recogen.

De este modo, «el personal de alta dirección queda comprendido entre dos grandes grupos de trabajadores: por arriba, y excluidos del ordenamiento laboral, se encuentran ciertos consejeros y administradores de las empresas societarias; por abajo, sometidos a una relación de trabajo ordinaria, queda el personal directivo superior y medio. La zona central es ocupada por los llamados altos cargos o, utilizando palabras del legislador, por el personal de alta dirección»².

¹ DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa.: Consejeros y Administradores, Personal de Alta Dirección, Empleados Directivos*, 2.^a edic., Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2010, p.113.

² DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, cit., p.112.

Podemos observar que a partir de la definición establecida en el RDAD, para que un trabajador tenga la condición de personal de alta dirección han de concurrir tres requisitos y, éstos son:

- a) En primer lugar, que el trabajador ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento³. El requisito de que el trabajador ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa «implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de tal empresa, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a otros». Además esos poderes han de afectar a los «objetivos generales de la compañía, no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de éstas».
- b) En segundo lugar, que las facultades otorgadas «además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad». De este modo, no estaremos ante una relación laboral de alta dirección cuando «los poderes o facultades atribuidos al actor no alcanzan a los objetivos generales del conjunto empresarial, sino que se limitan al área funcional y territorial que le había sido encomendada»⁴
- c) Por último, que disponga el trabajador de autonomía y plena responsabilidad, limitadas sólo por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de administración y gobierno de la sociedad que respectivamente ocupe dicha titularidad⁵.

³ SSTs de 12 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/197585), de 6 de marzo de 1990 (EDJ 1990/2525) y de 18 de marzo de 1991 (EDJ 1991/3003).

⁴ SSTs de 24 de enero de 1990 (EDJ 1990/566), de 12 de septiembre de 1990 (EDJ 1990/8233), de 2 de enero de 1991 (EDJ 1991/31), de 22 de abril de 1997 (EDJ 1997/2164), de 4 de junio de 1999 (EDJ 1999/13991), de 18 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/55697) y SAN de 22 de junio de 2006 (EDJ 2006/95301).

⁵ *Vid.* STSJ de Castilla-León de 12 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/287425) y STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2014 (EDJ 2014/27424). En este sentido, la STS de 24 de enero de 1990 (EDJ 1990/566) estableció que «el alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que,

De este modo, si faltase alguno de los requisitos enumerados, el trabajador no ostentará esa condición especial, aunque éste dentro de la empresa ocupe un puesto de mando y esté facultado para impartir órdenes.

No hay que confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas llevadas a cabo por algunos trabajadores (fenómeno de delegación de poder) con la alta dirección que delimita el artículo 1.2 RDAD, ya que esas funciones directivas «se limitan al ámbito de un servicio técnico claramente instrumental respecto a la finalidad fundamental de ésta»⁶.

Según la jurisprudencia «la calificación de una relación de trabajo como de alta dirección de la empresa depende no de la denominación que se haya dado en el contrato al puesto de trabajo desempeñado o a otros aspectos formales de la relación de servicios, sino de las funciones o actividades efectivamente desarrolladas por el alto directivo»⁷.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, la denominación utilizada por las partes resulta intrascendente para la calificación jurídica, esto significa que, no tiene la condición de alto cargo quien, pese a tener esa calificación formal, no realiza las funciones propias de esa condición⁸. A *sensu contrario* una persona puede merecer la calificación de alto directivo aun cuando no se le haya dado formalmente esa

normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto y sometido a la legislación laboral común, aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorios de tal condición, a tenor del repetidamente citado art.2.1».

⁶ SSTs de 24 de enero de 1990 (EDJ 1990/566), de 13 de marzo de 1990 (EDJ 1990/2832) y de 12 de septiembre de 1990 (RJ 2014/4513). Como han señalado las STS de 10 febrero de 1984 y de 23 de diciembre de 1985 «lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial».

⁷ STS de 6 de marzo de 1990 (EDJ 1990/2525). En el mismo sentido la STS de 21 de marzo de 1990 recoge que «conforme constante jurisprudencia lo característico del cargo directivo son sus poderes efectivamente ejercidos o admitidos -consten o no formalmente en un contrato de apoderamiento- amplios y referidos a la generalidad de la empresa, a un sector amplio, a su vez, de su tráfico y giro funcional o territorial [...] y sin que, como se ha dicho, sea requisito esencial para la configuración del alto cargo que el mismo con sus funciones y poderes equivalentes al alter ego del empresario, se documente y perpetúe en instrumento público».

⁸ Según la jurisprudencia un apoderamiento formal a un trabajador por el que se le atribuyen funciones de alta dirección no debe llevar a esa calificación jurídica si se prueba que en la práctica no se han hecho uso de las facultades atribuidas.

calificación⁹. Por tanto, no es necesario que la relación de trabajo de alta dirección se documente de forma especial¹⁰.

Resulta igualmente irrelevante el momento en que se produce la calificación de las partes (ya sea para excluir la condición de alto cargo o para atribuírsela), ya que ésta puede tener lugar tanto en el momento de la contratación o asignación de funciones al trabajador como en un momento posterior a la celebración del contrato.

En cuanto al régimen jurídico, la ya derogada Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET/1980), en su artículo 2.1.a) incluyó entre las relaciones laborales de carácter especial «la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c)»; este último, excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

Por otro lado, durante la vigencia de la Ley de Contratos de Trabajo de 1994, en virtud del artículo 7, quedaban excluidos del ámbito de la legislación laboral «las personas que desempeñen en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo», en consecuencia, resultaba completamente inaplicable el régimen jurídico protector proporcionado por el ordenamiento laboral al trabajador de alta dirección.

El Gobierno, por su lado, quedó encargado del desarrollo reglamentario de su régimen jurídico, quien según la disposición adicional segunda (ET/1980) debía hacerlo en el plazo de dieciocho meses y respetando, en todo caso, los derechos básicos reconocidos por la Constitución (art. 2.2 ET/1980). Sin embargo, el plazo de dieciocho meses concedido al Gobierno fue incumplido, ya que solamente se procedió a regular las relaciones laborales de carácter especial de los deportistas profesionales (RD 318/1981, de 5 de febrero) y de las personas que intervengan en operaciones mercantiles sin responder del riesgo y ventura de las mismas (RD 2033/1981, de 4 de septiembre, modificado por RD 1195/1982, de 14 de mayo).

⁹ STS de 22 de enero de 1990 (EDJ 1990/427).

¹⁰ En este sentido la STS de 18 de marzo de 1991 (EDJ 1991/2998) recoge que «para ser alto cargo no es preciso que los poderes a los que alude el artículo 1.2 del citado Real Decreto se formalicen en escritura pública, sino que lo trascendente es que efectivamente se ejerciten de hecho».

De esta manera, vencido el plazo habilitado, la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, del Estatuto de los trabajadores, estableció en su disposición adicional primera un nuevo plazo máximo de doce meses para que el Gobierno regulara el régimen jurídico de las relaciones laborales especiales.

Mediante el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección se dio cumplimiento a tal mandato, dando por finalizada la exclusión del ámbito laboral de estos trabajadores.

Uno de los aspectos más destacables del RDAD es el sistema de fuentes creado, ya que del artículo 3.1 que dice «los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación». Se deduce que la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo de alta dirección será la fuente reguladora principal de esta relación de trabajo y sólo estará limitada por las reglas imperativas que se establecen en el propio Decreto, por las remisiones expresas a la legislación laboral común y por las demás normas de Derecho necesario que incluyan en su ámbito de aplicación a la generalidad de los trabajadores.

Por otro lado, en lo no regulado por el Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales (art. 3.3 RDAD). De este modo, las normas de la legislación laboral común solo resultarán de aplicación cuando se produzca remisión expresa desde el Decreto regulador o cuando así lo establezca el contrato de trabajo de alta dirección (art. 3.2).

2.1 El contrato laboral de Alta Dirección.

La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodan el ejercicio de sus derechos y obligaciones a la buena fe (art. 2 RDAD).

El contrato, como expresión del principio de autonomía de la voluntad de las partes, tiene como función establecer el conjunto de obligaciones y derechos que se derivan para las partes vinculadas por una relación laboral especial de alta dirección.

Respecto a la forma y contenido de éste, el artículo 4 RDAD nos dice que «el contrato especial de trabajo de alta dirección se formalizará por escrito, en ejemplar duplicado, uno para cada parte contratante». Sin embargo, este requisito de forma no tiene carácter *ad solemnitatem* sino *ad probationem*¹¹, ya que el precepto continúa diciendo «en ausencia de pacto escrito, se entenderá que el empleado es personal de alta dirección cuando se den los supuestos del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y la prestación profesional se corresponda con la que define el artículo 1.2 del presente Real Decreto».

Por lo tanto, la inobservancia de ese requisito formal no afecta a la vigencia del contrato, no conlleva su nulidad, ni tampoco su consideración como un contrato laboral común. De este modo, es admisible el contrato de alta dirección celebrado verbalmente, e incluso el originado por hechos concluyentes. El RDAD, en cambio, si exige expresamente que se formalice por escrito el contrato en los supuestos en los que un trabajador común proporcione actividades de alta dirección en esa misma empresa (art. 9.1 RDAD).

A pesar de que las partes gozan de plena libertad para establecer el contenido del contrato, el artículo 4.2 prevé un contenido mínimo, el cual hace referencia a la identificación de las partes, al objeto del contrato, a la retribución convenida y a la duración del contrato. Además deberá constar en el contrato las demás cláusulas que se exigen en el Decreto regulador.

En cuanto a la duración del contrato, el artículo 6 RDAD establece que éste tendrá la duración que las partes acuerden, presumiéndose celebrado a falta de pacto escrito por tiempo indefinido. Por tanto, las partes son libres para establecer la duración temporal o indefinida del contrato. Cabe destacar que en el contrato de alta dirección se puede concertar un periodo de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida (art 5.1 RDAD).

Respecto a la determinación del tiempo de trabajo en cuanto a jornada, horarios, fiestas, permisos y vacaciones, en virtud del artículo 7 RDAD, queda sometida al principio de autonomía de la voluntad de las partes, por tanto, se estará a lo pactado en el contrato. Sin embargo, esta libertad contractual para determinar el tiempo de trabajo encuentra

¹¹ STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1859).

sus límites, por un lado, en el artículo 1255 del Código Civil, el cual nos dice que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público» y por otro lado, en el propio artículo 7 RDAD, al determinar que no es posible establecer cláusulas que configuren una prestación de servicios del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente.

Otro elemento principal del contrato, que se encuentra igualmente sometido al principio de autonomía de la voluntad de las partes, es el régimen salarial. Este elemento esencial no se encuentra regulado en el RDAD¹² ni tampoco existe remisión expresa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), por lo que no resultará aplicable el régimen jurídico salarial allí establecido. De este modo corresponderá al empresario y al alto directivo la fijación de la cuantía del salario y su composición¹³.

Conviene señalar que las retribuciones del personal de alta dirección, en virtud del artículo 15 RDAD, gozarán de las garantías de protección del salario previstas en los artículos 27.2, 29 y 32 del ET, las cuales hacen referencia a la inembargabilidad del salario, a los privilegios salariales, a la protección del FOGASA y a las reglas sobre liquidación y pago del salario.

Debe tenerse en cuenta que, la exclusividad del personal de alta dirección con la empresa, la establece expresamente el RDAD en su artículo 8, de modo que no resulta posible la celebración de otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo expresa autorización del empresario o pacto escrito en contrario. Este precepto también establece la posibilidad de celebrar pactos de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años y que únicamente será válido si el empresario tiene un efectivo interés industrial o comercial en ello y si se satisface al alto directivo con una compensación económica.

¹² Únicamente hace referencia a este concepto el artículo 4.2.c) al establecer que el contrato de alta dirección debe contener como mínimo «la retribución convenida, con especificación de sus distintas partidas, en metálico o especie».

¹³ La retribución en especie del alto directivo no podrá superar en ningún caso el 30% de las percepciones salariales del trabajador (art. 26.1 ET).

Por lo que respecta a la extinción del contrato, los artículos 10, 11 y 12 del RDAD recogen expresamente las vías y causas de extinción. Por un lado, el artículo 10 recoge el supuesto de extinción del contrato de alta dirección por voluntad del alto directivo, y por otro lado, el artículo 11 regula el supuesto de extinción del contrato por voluntad del empresario, en ambos casos deberá mediar un preaviso mínimo de tres meses¹⁴ (arts. 10.1 y 11.1 RDAD). Cabe mencionar que en este último supuesto se exige un requisito formal, y es que la extinción del contrato por voluntad del empresario deberá comunicarse por escrito.

A todo esto el artículo 12 que dice expresamente «esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores», nos lleva a ver como el RDAD acoge las distintas causas de extinción establecidas en el artículo 49 del ET.

Por último, en lo que se refiere a la suspensión del contrato, el artículo 15.2 RDAD recoge una remisión expresa al ET, al establecer que el contrato especial de trabajo se podrá suspender con los efectos y para los casos previstos en el artículo 45 del citado cuerpo legal. Mencionar que más adelante analizaré más detalladamente la extinción y suspensión del contrato que prevé la Ley Concursal en su artículo 65.

2.2 El Alto Directivo

A) Funciones dentro de la sociedad

Es típico del alto cargo la realización de funciones que resultan de carácter vital dentro de la organización productiva, de modo que la gestión que realiza el alto directivo dentro de la empresa puede llegar a condicionar el funcionamiento de ésta y la consecución de sus objetivos.

Las funciones que, conforme al artículo 1.2 RDAD, son propias del alto directivo sirven, por un lado, para poder distinguirlo del resto de trabajadores de la empresa y, por

¹⁴ Sin embargo dicho período podrá ser de hasta seis meses, si así se establece por escrito en el contrato celebrado por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años. Este será preciso respetar este plazo de preaviso en los casos de incumplimiento contractual grave del empresario (art. 10.1 RDAD).

otro lado, para diferenciarlos de aquellos trabajadores que ocupan puestos de dirección de menor relevancia dentro de la entidad¹⁵.

Partiendo de lo establecido por la jurisprudencia en numerosas sentencias¹⁶, podemos determinar que las funciones típicas de los altos directivos dentro de una empresa son las siguientes:

- A) Funciones de organización y dirección en el ámbito económico de la empresa, tales como: regulación, dirección y vigilancia de la marcha y el funcionamiento de la compañía; conclusión de toda clase de contratos que tengan relación con el objeto y actividad de la sociedad; gestión de sus negocios y actuaciones económicas, tales como operaciones bancarias, gestión de efectos o títulos, abrir, controlar y cancelar cuentas corrientes o de crédito; constitución y extinción de derechos reales; cobro y aplazamiento de pagos; transacción de derechos y acciones, y en general, cuantos actos de disposición patrimonial¹⁷ sean necesarios para el devenir de la entidad.
- B) Funciones de planificación y conformación de la plantilla, y de dirección del personal de la empresa: por ejemplo, nombramiento y separación de las personas con responsabilidad en el seno de la empresa; selección, contratación y despido de trabajadores; fijación de las retribuciones; determinación de las funciones y competencias de cada puesto de trabajo. Además, el personal de alta dirección participa en la negociación de acuerdos con los representantes de los trabajadores, propone ascensos y sanciones y ejerce respecto de sus empleados el poder de dirección que compete al empresario.
- C) Funciones y facultades de representación y actuación en nombre de la persona, física o jurídica, titular de la entidad: se concretan en comparecer y presentar

¹⁵ La jurisprudencia ha reiterado en diversas sentencias, como la STS de 13 de marzo de 1990 (EDJ 1990/2832) que «no cabe confundir el ejercicio de funciones directivas por determinados trabajadores – fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad– con la alta dirección que contempla el artículo 1.2 del RD 1382/1985». En esta misma línea, la STS de 24 de enero de 1990 (EDJ 1990/566) ha establecido que, no todo directivo de una empresa «ha de ser incluido en esta clase especial del personal de alta dirección», ya que «no basta con ocupar cargos de mando ni tener la facultad de impartir órdenes y adoptar decisiones en la esfera de actuación de dicha empresa» para ostentar dicha condición.

¹⁶ SSTs de 26 de febrero de 1990 (RJ 1990/1230), de 11 de junio de 1990 (RJ 1990/5055), de 18 de octubre de 1990 (RJ 1990/7694), de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991/ 874) y de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002/2650).

¹⁷ Como por ejemplo: adquisición y enajenación de bienes, celebración de contratos y otorgamiento de escrituras, negociación de letras de cambio, cheques y valores.

reclamaciones ante cualquier Administración Pública, Juzgados o Tribunales de toda clase y jurisdicción; intervenir en actos y negocios jurídicos (como representación en concursos, sometimiento de asuntos a árbitros o amigables compondores); otorgar y suscribir en nombre de la sociedad poderes generales o especiales en favor de otras personas.

D) Actos y negocios propios de la titularidad: como pueden ser, ejecutar los acuerdos de la Junta o del Consejo de Administración relativos a ampliaciones y suscripciones de capital; constitución y disolución de la sociedad; modificaciones en la titularidad de la misma (administración y gestión de negocios, bienes y establecimientos propios); firmar y tramitar balances, cuentas y memorias; etc.

B) Distinción de otras figuras (Administradores y Consejeros)

Dentro de una empresa que reviste la forma jurídica de sociedad, corresponde a los administradores y consejeros¹⁸ la gestión y representación de ésta (art. 209 LSC), ya que al tener la sociedad la naturaleza de persona jurídica, no puede actuar por sí misma, por lo que necesita hacerlo a través de personas físicas o jurídicas¹⁹. Los consejeros y administradores son, por tanto, representantes necesarios de cada tipo de sociedad, les corresponden tanto tareas específicas y diversas (en relación con la organización y funcionamiento de la sociedad) como actividades de gestión de la empresa²⁰.

¹⁸ La administración de una sociedad puede confiarse a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración (art. 210 Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC).

¹⁹ *Vid.* Arts. 212 y 212.bis LSC. En el caso de que el administrador nombrado sea una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

²⁰ Con la modificación normativa de la Ley de Sociedades de Capital que entró en vigor el 24 de Diciembre de 2014, mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se han incorporado novedades relevantes en las obligaciones que deben asumir la sociedad y sus administradores. Así, entre otras novedades, resulta llamativo el contrato que debe suscribirse entre el miembro del consejo de administración cuando éste sea nombrado consejero delegado o cuando se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, y la sociedad. Contrato que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros e incorporado como anejo al acta de la sesión (art 249.3 LSC).

En relación con los presupuestos para la existencia de responsabilidad se incorpora expresamente que el administrador responderá frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales de sus actos u omisiones siempre y cuando hubiere mediado dolo o culpa. Se incluye también una presunción de

En cuanto a la naturaleza de la relación jurídica de éstos con la sociedad²¹, nos encontramos con dos teorías diferentes: por un lado, la teoría contractualista, en virtud de la cual la relación administrador-sociedad se considera un negocio jurídico bilateral de carácter contractual formado por dos declaraciones.

Por otro lado, nos encontramos con la teoría orgánica, según la cual los administradores están vinculados a la sociedad por una especial y autónoma relación de administración, nacida desde la aceptación del nombramiento por el interesado. Desde esta perspectiva el nombramiento del administrador se entiende no como un contrato, sino como un acto corporativo societario²².

Ahora bien, esta cuestión en la práctica ha suscitado numerosas controversias, dado que hay autores²³ que se posicionan a favor de la doble naturaleza, orgánica y contractual, de la relación jurídica que une al administrador con la sociedad, mientras que otros²⁴ defienden que el nombramiento de un administrador y la aceptación por parte de éste sólo genera una relación orgánica de carácter interno.

Cabe mencionar en relación a lo anteriormente expuesto que no es posible defender la existencia de un contrato de trabajo entre la sociedad y los administradores. Primero, porque que el ordenamiento jurídico laboral los excluye expresamente de su ámbito de aplicación cuando dice en el artículo 1.3.c) ET que «se excluyen del ámbito regulado

culpabilidad que opera cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. Por otro lado, se mantiene la extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho, respecto de los cuales aporta una definición y también nos dice que la persona física representante de un administrador persona jurídica estará sometida a los mismos deberes y obligaciones que ésta, respondiendo solidariamente la persona física con la persona jurídica administrador (art. 236 LSC).

Por último mencionar que la citada Ley atribuye al consejo de administración como facultades indelegables aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión de la empresa.

²¹ Cuestión a la que voy a hacer una breve referencia dado que no forma parte del temario a tratar en este trabajo.

²² ALBA ISASI, J., «La retribución mediante participación en beneficios de los Administradores de las Sociedades», en *Noticias Jurídicas*, 2012. Enlace: http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/201207-retribucion_participacion_beneficios_administradores_sociedades.html, Consulta realizada el día 29/04/2015.

²³ Vid, POLO, E., «Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima», en AAVV, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Civitas, Madrid, 1992, pp. 48 y ss. *apud* DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, cit., p.80.

²⁴ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en AAVV, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, T. IV, Edersa, Madrid, 1994, pp. 66 y ss. *apud* DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, cit., p.81.

por la presente Ley [...] la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo»²⁵, y segundo, porque no están presentes en la relación de administración todos los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo, en concreto, los requisitos de ajenidad y dependencia²⁶.

C) Otros Directivos

Dentro de la organización interna de una empresa nos podemos encontrar con determinados puestos de trabajo cuyo desempeño comporta el ejercicio de funciones de organización, dirección y control de la actividad económica y productiva de la empresa.

Así se puede entender por empleados directivos a aquellos trabajadores que no ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa²⁷ o que ejercitándolos no comprometen en su actividad ordinaria los objetivos generales de la misma²⁸, gozando de autonomía y responsabilidad limitadas al sujetarse a las órdenes e instrucciones de otros directivos de rango superior.

Por otro lado, a la hora de determinar si un trabajador tiene la consideración de empleado directivo, lo decisivo serán las funciones ejercidas y su modo de ejecución, de modo que el ejercicio de funciones directivas de alcance limitado, dependiente y subordinado a las órdenes e instrucciones de directivos superiores, que supongan una dirección o trabajo especializado dentro del complejo total de la empresa, aunque se les confieran facultades muy amplias, no dejan de ser las de un trabajador con un posición privilegiada respecto a otros empleados, aunque no las de un miembro de alta dirección.

²⁵ *Vid.* En este sentido la STSJ de Asturias de 30 de enero de 2009 (EDJ 2009/146252).

²⁶ La jurisprudencia ha mantenido que «no concurre ninguna de las características de la relación laboral», tal como la define el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, «ni siquiera la dualidad de partes en el sentido que contempla este precepto, sino la propia y específica de la existente entre las personas jurídicas y las individuales integrantes de sus órganos, mediante las cuales, necesariamente, ha de realizar el cumplimiento de sus fines». SSTs de 28 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/340656) y de 22 de diciembre de 1994 (EDJ 1994/9551). Por lo que se entiende que la razón de la exclusión es la equivalencia entre lo hecho por el administrador y lo realizado por el empresario.

²⁷ STS de 26 de junio de 1989 (RJ 1989/4842). Esta calificación de empleado directivo sucede cuando las facultades atribuidas «son propias de la actividad y gestión ordinaria de la empresa, pero no constituyen poderes inherentes a la titularidad jurídica de aquélla» (STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1991 [RJ 1991/ 5630]).

²⁸ STSJ de Canarias/Las Palmas de 12 de abril de 1993 (RJ 1993/2045).

En consecuencia, los empleados directivos, se someterán al ordenamiento laboral común.

III. Efectos del concurso de acreedores sobre los contratos y personal de Alta Dirección

3. Excepción al principio de continuidad de las relaciones laborales del concursado

En relación a los efectos del concurso sobre las relaciones laborales, el artículo 44 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) establece como regla general el principio de continuidad en la actividad empresarial o profesional, al disponer que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. Sólo excepcionalmente, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y los representantes de los trabajadores, podrá acordar cuando el deudor ejerciera una actividad empresarial el cese o la suspensión total o parcial de las actividades de la empresa (art. 44.4 LC).

En el caso de que se suspenda al deudor de sus facultades de administración y disposición corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 44.3 LC). Así, la finalidad del procedimiento concursal es la satisfacción de los acreedores, pero manteniendo si es posible la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

De este modo, «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte» (art. 61 LC), y entre los que se encuentran los contratos de trabajo celebrados con el personal de alta dirección. Consecuentemente, «se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes» (art. 61.3 LC).

En este sentido, la mera declaración del concurso no impide que el personal de alta dirección continúe gestionando la empresa en la que se sitúa o atendiendo las tareas directivas que tiene encomendadas.

La excepción al principio de continuidad de las relaciones laborales encuentra su fundamento en que, ante la situación de crisis de la empresa y con independencia de la contribución o implicación que el personal de alta dirección haya tenido en la generación o agravamiento de la misma, la elevada retribución que suelen percibir los altos directivos puede suponer una carga para intentar superar la situación de insolvencia. De ahí la previsión que permite a la administración concursal suspender o extinguir los contratos con el personal de alta dirección (art. 65.1 LC).

3.1 Análisis del artículo 65 de la Ley Concursal

El artículo 65 de la LC, bajo la rúbrica «Contratos del personal de alta dirección», establece: «1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

2. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente.

3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

4. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación».

A continuación voy a proceder a desglosarlo:

Respecto al plazo en el cual la administración concursal puede llevar a cabo la medida extintiva o suspensiva de los contratos del personal de alta dirección, en virtud del inciso inicial del art. 65 LC, éste será durante la tramitación del concurso²⁹. Sin embargo, dicha apreciación no es del todo acertada, ya que al tratarse de una facultad

²⁹ Esto es, desde que se dicta el Auto de declaración del concurso (art. 21 LC) hasta que se dicte el Auto de conclusión por cualquiera de las causas contempladas en el art. 176 LC.

atribuida a la Administración Concursal no será hasta el momento de su nombramiento y aceptación de los miembros componentes³⁰ cuando pueda llevarse a cabo la suspensión o extinción del contrato. En consecuencia, esta medida no puede efectuarse inmediatamente tras la declaración del concurso sino como ya he mencionado habrá que esperar a que se conforme el órgano de Administración Concursal para llevarla a cabo.

En cuanto a la facultad que se otorga a la administración concursal para extinguir o suspender los contratos de alta dirección, cabe resaltar que ésta resulta llamativa. Ya que en virtud del art. 65 LC se atribuye a la administración concursal de forma exclusiva y excluyente competencia para extinguir o suspender los contratos del concursado con el personal de alta dirección, sin que sea precisa la autorización del juez del concurso. Ahora bien, al atribuirse de forma exclusiva y excluyente esa competencia a la administración concursal nos encontramos con un problema competencial, puesto que con carácter general es el juez de lo mercantil el que puede incidir en la vida de los contratos laborales y decidir la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo (comunes)³¹. De ahí que pueda calificarse esa facultad de la administración concursal como «exorbitante», en la medida que la competencia sobre la facultad resolutoria de los contratos de trabajo se atribuye con carácter general al juez del concurso.

Por otro lado, en lo referente a que la medida suspensiva o extintiva de los contratos puede ser llevada a cabo por propia iniciativa de la administración concursal, cabe mencionar que esta posibilidad solo tendrá lugar cuando el deudor tenga suspendidas las facultades de administración y disposición de su patrimonio, lo cual ocurrirá cuando el concurso sea necesario³², ya que como bien dice el art. 40.2 LC «en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales».

Sin embargo, a pesar de que la norma habilita a la administración concursal a que inste por propia iniciativa la medida extintiva o suspensiva, habilita también al deudor. Ya que éste podrá solicitar a la administración concursal la suspensión o extinción de los

³⁰ Vid. Arts. 26, 27 y 29 LC; MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal, Comares, Albolote (Granada), 2006, p. 57.

³¹ Vid. Art. 8.2º LC.

³² El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario (art. 22.1 LC).

contratos del personal de alta dirección mediante autorización o conformidad, y esto es así porque se entiende que en este caso el deudor conserva las facultades de administración y dirección de su patrimonio, efecto ligado al concurso voluntario (art 40.1 LC). Vemos así como en ambas situaciones el papel del empresario concursado es secundario.

Ahora bien, una vez adoptada la medida extintiva o suspensiva (la cual ha podido ser instada bien por la administración concursal o bien por el deudor) sobre un contrato de un alto directivo, cuando ésta haya sido tomada de una manera notoriamente arbitraria³³, podrá ser impugnada ante el juez del concurso mediante el incidente concursal en materia laboral. Sin embargo, de la lectura del art 195.1 LC llegamos a la conclusión de que este precepto parece que obliga a que la tramitación se efectúe por el cauce del incidente concursal general³⁴ y no del incidental en materia laboral, dado que el citado artículo delimita el ámbito de aplicación del incidente concursal en materia laboral exclusivamente a los contratos de trabajo comunes.

Respecto a que la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación, resulta de aplicación en este caso el art. 197.8 LC que establece lo siguiente: «contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al Juez del concurso, cabrá el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas»³⁵

En cuanto a la facultad del alto directivo de extinguir el contrato de trabajo en el caso de que éste se encuentre suspendido (suspensión que como ya me he mencionado anteriormente será llevada a cabo por la administración concursal, incluso cuando ésta sea instada por el deudor, ya que éste necesita la autorización o conformidad de la administración concursal) hay que señalar que, cuando el precepto prevé esta

³³ MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*, cit., p. 64.

³⁴ Art 192.1 LC «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal».

³⁵ Dado que la Ley de Procedimiento Laboral ha sido derogada, la referencia a los demás recursos previstos en la Ley la entenderemos hacia la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ley que regula los recursos de suplicación (art. 191), queja (art. 189), reposición (art. 186) y casación para la unificación de doctrina (art. 218).

posibilidad, lo que está haciendo es regular una nueva causa de extinción³⁶, diferente a las ya reguladas en el RDAD. Como consecuencia de la previsión de esta nueva causa de extinción, los pactos de permanencia que el alto directivo haya acordado con el empresario resultarán inoperativos.

Por otro lado y refiriéndonos a esta nueva causa, la ley establece que debe de mediar en este caso un plazo de preaviso de un mes (a diferencia de los tres meses que exige el RDAD para los casos de extinción instados bien por voluntad del alto directivo o bien por voluntad del empresario). Este plazo ha sido considerado por el autor TAPIA HERMIDA como un medio a través del cual se evitan mayores daños a la empresa y a la masa activa. Con lo cual mediante este plazo se atiende a los principales intereses del concurso, la continuación de la empresa y la satisfacción de los acreedores concursales³⁷. Sin embargo, un sector doctrinal ha criticado la exigencia de este plazo de preaviso, dado que estando en suspenso el contrato en nada favorece a los intereses del concurso, ni de la empresa, que no tiene necesidad de cubrir la vacante³⁸.

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas ligadas al incumplimiento (total o parcial) de este plazo, parece lógico que la solución más razonable sea la aplicación analógica del art. 10.2 RDAD, que en el caso de extinción por voluntad del alto directivo establece el derecho del empresario a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido³⁹. Sin embargo la

³⁶ Que puede encontrar su fundamento en que el alto directivo al ver alterado su status jurídico-contractual por la decisión suspensiva de la administración concursal decide extinguir el contrato.

³⁷ Vid. TAPIA HERMIDA, A.: «Efectos del concurso de acreedores sobre la relación de alta dirección», *RTSS.Estudios Financieros*, n° 264, 2005, p. 78 *apud* MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*, cit., p. 78.

³⁸ Cfr. MARTINEZ GARRIDO, L.: «Comentario al art. 65», en AAVV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 784; DE VAL TENA, A.L.: «Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios», *RL*, n° 23, 2005, p. 25 *apud* MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*, cit., p. 78.

³⁹ TRUJILLO DÍEZ, I.J.: «Comentario al art. 65» en AAVV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Bercovitz, Rodríguez-Cano, R. (coord.), Tecnos, Madrid, 2004, p. 778; VIGUERA RUBIO, J.M.: «Efectos de la declaración del concursos sobre los contratos del personal de alta dirección», *RL*, (II), 2014, p. 32. *apud* MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*, cit., pp. 78 y 79.

doctrina ha sostenido que es injusto exigir esta indemnización al alto directivo (cuando no respete ese plazo de preaviso) ya que éste no está percibiendo retribución alguna⁴⁰.

En cuanto a la indemnización que corresponde al alto directivo en caso de extinción del contrato de trabajo, hay que señalar que ésta será la establecida según el régimen del art. 65.3 LC, indemnización que podrá ser moderada por el juez del concurso. Además de la lectura del citado artículo se entiende que esta indemnización solo tendrá lugar cuando hubiese estado prevista en el contrato de trabajo. De modo que cuando el contrato del alto directivo no prevea ninguna cláusula de blindaje los administradores concursales tendrán que pagar las indemnizaciones que establece el RDAD⁴¹.

Respecto a la facultad del juez del concurso para moderar la indemnización que corresponde al alto directivo, podemos deducir del precepto que la regula que la competencia es exclusiva del juez del concurso y que se extiende sólo a los supuestos de extinción del contrato durante la tramitación del concurso⁴². Además, la actuación moderadora del juez del concurso tiene como consecuencia dejar sin efecto la indemnización que se hubiera pactado en el contrato, por consiguiente, aunque el pacto allí establecido fuese válido, éste quedará desvirtuado por la intervención del juez del concurso, que reducirá la cuantía pactada. Por otro lado, cabe mencionar que el legislador no establece ningún criterio para realizar esa reducción, únicamente establece un límite mínimo: la cuantía establecida en la legislación laboral común para el despido colectivo.

En lo referente al aplazamiento del pago de la indemnización, en virtud del art. 65.4 es la administración concursal la que tiene competencia para solicitarla al juez, la cual podrá hacerlo bien promoviendo el correspondiente incidente concursal o bien incluyendo dicha solicitud en la petición de la demanda incidental que se interpuso cuando se solicitó la moderación de la indemnización pactada. Así llegamos a la conclusión de que este aplazamiento no puede acordarse de oficio. Y en cuanto al ámbito aplicativo de esta medida, de la lectura del artículo citado podemos decir que se

⁴⁰ Vid. DE VAL TENA, A.L.: «Extinción del contrato de alta dirección...», cit., p.25 *apud* MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*, cit., p. 79.

⁴¹ Hay que tener en cuenta que el RDAD no contempla una indemnización específica para situaciones de este tipo, de este modo, resultarán de aplicación analógica las previstas en los arts. 10 y 11.

⁴² Este precepto no se ciñe exclusivamente a los casos de extinción del contrato por decisión de la administración concursal, sino que comprende también los supuestos en los que el contrato se extingue por voluntad del alto directivo cuando aquel órgano decide la suspensión del contrato.

desprende que alcanza tanto a la indemnización establecida en el pacto contractual, a la reglamentaria de aplicación supletoria como a la moderada por el juez del concurso.

La finalidad del precepto es permitir que el pago de la indemnización pueda posponerse hasta que se verifique la inexistencia de culpabilidad en el concurso tramitado por parte del directivo, de forma que el crédito en que consista la indemnización pueda ser garantía de pago para los acreedores concursales. Se trata, por tanto, de una especie de medida cautelar que pretende evitar daños a la masa pasiva por la salida indebida de elementos patrimoniales de la masa activa.

Por último, en cuanto al procedimiento a seguir por la administración concursal para extinguir el contrato de alta dirección, habrá que estar a lo dispuesto en las normas que regulan cada una de las modalidades extintivas⁴³.

El silencio que hay a este respecto por parte de la Ley Concursal no tiene otro significado que mantener en cada supuesto los requisitos formales y procedimentales que resultan de aplicación directa y no supletoria pues, a salvo de la extinción por voluntad del alto directivo previa suspensión del contrato durante el concurso, la Ley no ha habilitado una vía autónoma que permita extinguir los contratos de alta dirección en el concurso⁴⁴. En consecuencia, permanecen abiertos todos los cauces previstos en el RDAD para que la administración concursal pueda extinguir el contrato con los efectos previstos en cada supuesto⁴⁵.

3.2 Tratamiento de esta figura a lo largo del proceso concursal

A) Relación especial entre los administradores y el personal de alta dirección y el concursado

A este respecto la Ley Concursal distingue los deudores ordinarios de aquellos a los que denomina como «personas especialmente relacionadas con el concursado», y lo hace para poder atribuir posteriormente un régimen jurídico distinto a las responsabilidades

⁴³ Vid. Art. 10, 11 y 12 RDAD.

⁴⁴ Podría decirse que la adopción de la medida extintiva o suspensiva es el equivalente al desistimiento *ad nutum* regulado por el art. 11.1 RDAD, pero con la particularidad de venir inducido por una causa económica objetivada en la declaración del concurso y como tal no requiere plazo de preaviso alguno. En contra, CABANAS TREJO, R., «Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios)», *La Notaría*, n° 7-8, 2003, p. 86 *apud* DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, cit., p. 434, exige que se respete el plazo de preaviso según establece el art. 11.1 RDAD.

⁴⁵ Vid. DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, cit., p. 433 y 434.

de unos y otros y al tratamiento que sus créditos deban merecer. Distingue la ley a su vez entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural y con el concursado persona jurídica (art. 93.1 y 2 LC).

Pues bien, en virtud del art. 93.2.2º se consideran como «personas especialmente relacionadas con el concursado» a «los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso».

De la redacción de este precepto se desprende que cabe incluir al personal de alta dirección dentro de este concepto, bajo alguna de las expresiones utilizadas, ya que a los altos directivos se les puede considerar administradores de hecho⁴⁶, si es que no lo son de derecho como Consejeros-delegados. Otra vía por la que pueden ser considerados como personas especialmente relacionadas con el concursado es mediante la identificación con la expresión «apoderados con poderes generales de la empresa», pues ya hemos visto que una de las características de la alta dirección es precisamente contar con ese tipo de poderes.

De este modo, las consecuencias que se generarán para este personal al tener la consideración de «personas especialmente relacionadas con el concursado» son las siguientes:

- Conforme al art. 118.2 LC no podrán ser apoderados en la Junta de acreedores.
- Según el art. 122.1 LC no tendrán derecho a voto en la Junta de acreedores.
- Según el art. 71.3.1º LC el perjuicio patrimonial se presume, a efecto de acciones de reintegración si se trata de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
- Los créditos que van corresponder a las personas especialmente relacionadas con el concursado tendrán la consideración de subordinados⁴⁷ debido a la condición personal del titular del crédito.

⁴⁶ Vid. Página 26 de este trabajo.

⁴⁷ Nueva categoría que introduce la Ley Concursal para clasificar aquellos créditos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus

B) La especial responsabilidad de los altos directivos

Para poder saber la responsabilidad en la que puede llegar a incurrir un alto directivo debemos, en primer lugar, establecer si éste puede llegar a ser considerado administrador de derecho o cómplice. Una vez sepamos si es posible atribuir al alto directivo dichas consideraciones sabremos cuál será su responsabilidad.

Para poder determinar si un alto directivo puede llegar a tener la consideración de administrador de derecho estaremos a la actuación realizada por éste en la empresa. Por lo que si es el alto directivo quien rige los destinos de la compañía en una situación de pasividad absoluta de los administradores de derecho o en el caso de que los administradores de derecho no existan, bien por haber cesado o bien por haber fallecido quienes tenían esta condición sin haber hecho nuevos nombramientos, y es el personal de alta dirección quien dirija la empresa durante ese intervalo de tiempo, éste tendrá la consideración de administrador de derecho⁴⁸.

De este modo, el alto directivo como administrador de derecho (si el concurso se califica como culpable) perderá su derecho como acreedor concursal o de la masa y se le condenará a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3º LC), y por otro lado, en virtud del art. 172.bis LC el juez podrá condenarlo a la cobertura, total o parcial, del déficit.

Por otro lado, para determinar si un alto directivo puede llegar a ser cómplice, en primer lugar debemos saber que se entiende por tal, para lo cual acudiremos a la definición que nos da la Ley Concursal en el art. 166 y dice «se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso).

⁴⁸ Vid. MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta dirección*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2004, p. 721.

De este modo, en la medida en que el personal de alta dirección transmite los criterios y directrices que el órgano de administración le dicta, este personal puede ser calificado como cómplice en el caso de que haya colaborado en la generación o agravación del estado de insolvencia mediante dolo o culpa grave.

Por consiguiente el alto directivo declarado cómplice sufrirá la pérdida de sus derechos como acreedor concursal o de la masa y la condena a devolver los bienes y derechos obtenidos indebidamente y a indemnizar los daños y perjuicios (prácticamente lo mismo que sucede cuando el alto directivo tiene la consideración de administrador de derecho). Y en el caso de que el cómplice no tuviera la condición de acreedor, la sentencia que califique el concurso como culpable podrá condenarlo a la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 172.3 LC).

C) La clasificación de los créditos del personal de alta dirección

En primer lugar, cabe mencionar que resulta de aplicación al personal de alta dirección el superprivilegio⁴⁹ de los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

Este crédito salarial se trata de un crédito contra la masa⁵⁰ que deberá ser pagado de forma inmediata (art 84.3 LC en relación con el art. 154 LC). También tienen la consideración de créditos contra la masa los créditos salariales e indemnizaciones del personal de alta dirección generados tras la declaración del concurso (art. 84.2.5° LC), los cuales en virtud del art. 84.3 LC se pagarán a sus respectivos vencimientos.

Ahora bien, los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago y las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional son a la vez créditos con privilegio general (art. 91.1° LC). Este privilegio general también resulta de

⁴⁹ El superprivilegio salarial significa que los salarios correspondientes a los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no superen el doble del SMI gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, incluso contra los garantizados con derecho real (art. 32.1 ET).

⁵⁰ *Vid.* Art. 84.2.1 LC.

aplicación al alto directivo, ya que la LC a estos efectos no distingue entre trabajadores ordinarios y personal de alta dirección.

Por último, como ya he mencionado anteriormente, si el personal de alta dirección se encuentra incluido en el grupo de personas especialmente relacionadas con el concursado en su condición de apoderado con poderes generales o en su condición de administrador de derecho, su crédito concursal, excluido del crédito contra la masa, será crédito subordinado (art. 95.5º LC). Y por lo tanto, dicho crédito se pagará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158.2 LC).⁵¹

D) La situación jurídica de la alta dirección durante el concurso

Como bien se ha dicho anteriormente, cuando nos encontramos ante un concurso voluntario el deudor conservará sus facultades de administración y disposición, quedando sometido en el ejercicio de tales facultades a la intervención de los administradores concursales (art. 40.1 LC). En este caso, como el deudor concursado aún conserva sus facultades, los altos directivos seguirán ejercitando sus funciones y poderes con normalidad, aunque deberán dar cuenta de su actuación a los administradores concursales.

Pero si resulta que nos encontramos ante un concurso necesario, como bien sabemos se suspende el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, y vendrá a ser sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 LC). En este caso, resulta evidente que o la alta dirección cesa mediante extinción o suspensión de su contrato laboral o queda subordinada a la dirección de los administradores concursales.

E) Reclamaciones y ejecuciones de la alta dirección

En lo referente a las reclamaciones de la alta dirección, si éstas son anteriores al concurso, deberá estarse a lo dispuesto en el art. 50.1 LC, y los jueces del orden social o civil que hayan conocido de la demanda, se abstendrán de conocer remitiendo al juez del concurso el asunto.

⁵¹ MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*, cit., pp. 103 y 104.

En el caso de que la reclamación sea posterior a la declaración del concurso y ésta pudiera ser trascendente para el patrimonio del concursado, se emplazará a la administración concursal, que será parte en defensa de la masa, si se persona (art. 50.2 LC).

Debemos tener en cuenta que tenemos que estar siempre ante acciones no incursas en el art. 8 LC, que enumera aquellas que son de competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso.

Respecto de las ejecuciones, tendremos que estar a lo dispuesto en el art. 8.3 LC, por lo que éstas, siempre que tengan contenido patrimonial frente a los bienes y derechos del concursado, cualquiera que sea el procedimiento de que provengan, serán competencia del juez del concurso.

IV. Conclusiones

1. Cuando el legislador en el artículo 65.2 LC prevé que en caso de aprobarse por la administración concursal la suspensión del contrato, el directivo podrá optar por la extinción del mismo, con preaviso de un mes y con derecho a indemnización por extinción, está estableciendo una nueva causa de extinción de la relación laboral especial de alta dirección por voluntad del trabajador, operativa solamente en los términos previstos en la LC. Sin embargo, esta nueva modalidad extintiva no se encuentra expresamente regulada en el RDAD, por lo que podría considerarse que presenta cierta analogía con las causas de extinción por voluntad del alto cargo previstas en el artículo 10.3 RDAD, que no requieren preaviso y que tienen la característica común de admitir la dimisión del alto directivo, conservando su derecho a las indemnizaciones pactadas, cuando esta renuncia tenga su causa en un incumplimiento previo del empresario o en ciertas modificaciones importantes de las condiciones de trabajo o relativas a la titularidad de la empresa.
2. Si el alto directivo ha optado por resolver el contrato en virtud del citado artículo, la indemnización por extinción que le corresponderá será cuantiosa, por este motivo se ha previsto en la legislación concursal el ejercicio del juez del concurso de facultades moderadoras y aplazamientos, con el fin de ajustar a límites tolerables el coste asociado a la decisión suspensiva.

3. El incumplimiento del plazo de preaviso de un mes (previsto para el caso de extinción del contrato por voluntad del alto directivo cuando su contrato se encuentre suspendido), ya sea total o parcial por parte del alto directivo tiene como consecuencia lógica la aplicación analógica del art. 10.2 RDAD. Este precepto establece que el empresario tiene derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido. Sin embargo, esta indemnización entiendo que no sería justa dado que el empresario al estar en situación de concurso y al no poder atender a sus obligaciones salariales, el alto directivo no percibirá retribución alguna, por lo que no podrá hacer frente al pago de la misma.
4. Cuando la LC regula en el artículo 65 la extinción o suspensión del contrato de alta dirección por la administración concursal no hace referencia en ninguno momento al procedimiento específico que debe de seguirse y tampoco se pronuncia acerca de los requisitos formales exigibles, por lo que se entiende que permanecerán abiertos todos los cauces previstos en el RDAD (arts. 10, 11 y 12, este último nos dice que también será de aplicación a la extinción del contrato del personal de alta dirección los procedimientos previstos en el ET) para que la administración concursal pueda extinguir el contrato.
5. Aunque con carácter general no puede realizarse una asimilación de la alta dirección con la administración de hecho, ya que los altos directivos gestionan la empresa no de hecho sino por delegación y bajo las directrices del consejo de administración, cabrá hacer esta asimilación cuando en una situación de pasividad absoluta de los administradores de derecho el alto directivo dirija la compañía o cuando los administradores de derecho no existan, bien por haber cesado o bien por haber fallecido quienes tenían esta condición sin haber hecho nuevos nombramientos, y sea el personal de alta dirección quien haya dirigido la empresa en ese intervalo de tiempo.

Bibliografía

AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (Aspectos laborales y de Seguridad Social)*, MONEREO PÉREZ, J.L, DE VAL TENA, A.L.(dirs), Comares, Granada, 2010.

DE VAL TENA, A.L., *Los Trabajadores Directivos de la Empresa: Consejeros y Administradores, Personal de Alta Dirección, Empleados Directivos*, 2ª edic., Aranzadi, Navarra, 2010.

GARCÍA MURCIA, J.; MARTÍNEZ MORENO, L.C.; *El personal de alta dirección: concepto y características*, Tecnos, Madrid, 1995.

MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta dirección*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2004.

MORENO VIDA, M.C.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.; *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*, Comares, Albolote (Granada), 2006.